

中国外资管理立法的转型

徐崇利*

[摘要] 从 20 世纪 90 年代中期开始,尤其是“入世”之后,中国外资立法出现了从“以外资经营阶段为管理重心”模式向“以外资准入阶段为管理重心”模式的转型,由此也带来了中国外资法律体系的变化。这一立法发展趋势的显现,是中国逐步建立社会主义市场经济体制、经济快速发展以及承担有关国际投资条约义务的必然结果,也为实现提高吸收外资质量的基本政策目标使然。然而,应当看到,目前中国外资法的这一转型过程,并非终极状态,只是中国外资法最后实现与国内商业组织法并轨的一个重要步骤。

[关键词] 中国外资法 外资准入 外资经营 发展趋势

东道国对外资的法律管制通常可划分为外资准入和外资经营两大阶段。晚近,随着改革开放的深入、社会主义市场经济体制的逐步建立以及经济的快速发展,中国外资管理法重心已开始从外资经营阶段向外资准入阶段转移,由此也带来了中国外

资法律体系的变化。目前,在中国外资法仍处于比较零散、纷乱的状态,且在学界对外资立法政策界说不一的情形下,如何准确把握该领域立法的基本发展态势,具有重要的理论和现实意义。

一、“以外资经营阶段为管理重心”立法模式的式微

以往,对外资进入后的生产经营活动,中国外资立法实行比较严格的管理,管理的维度相当宽泛,但管理的向度比较一致,即以以往中国外资法采取的是“以外资经营阶段为管理重心”的模式。

(一) 立法模式的特征

1. 对外商投资企业生产经营活动的管理

这是一种出于维护公共经济利益而实行的带有“公法”性质的直接法律管制,在相当程度上带有计划经济的色彩。以往,在各类外商投资企业中,生产经营活动受到最为严格法律管制的是中外合资经营企业。主要的管制措施概括地反映在 2000 年修改前的《中外合资经营企业法》第 8—11 条及 2001 年修改前的《中外合资经营企业法实施条例》第 6—13 章的规定。就以上有关外资经营的法律管

制措施,后来,中国的外资立法还多制定了相应的配套法规,予以细化。

2. 对外商投资企业组织机构体制的管理

在各国立法中,有关企业内部组织机构的设置和运作等制度,通常由公司法加以规定,且此类规定一般属于“私法”的范畴;但在中国的外资立法中,这方面的规定多为强制性法律规范,是比较典型的“私法公法化”的产物,其目的往往倾向于保护中方(尤其是作为少数股权者时)在企业经营管理决策中的权力。^①例如,根据《中外合资经营企业法》第 6 条及其《实施条例》第 5 章对董事长、总经理等的规定。1994 年《公司法》实施之前,因中国国内法中缺乏相关的一般性法律规范,外商

* 厦门大学国际经济法研究所教授,博士生导师。

① 徐崇利:《从中外合资经营企业到中外合资公司:内部组织机构体制的多样化》,载《政法论坛》2000 年第 5 期,第 131—132 页。

投资企业只能通过专门立法自订“组织法”；在《公司法》生效之后，按照该法第18条的规定，外商投资企业采取有限责任公司形式的，如外资法无特殊规定，则可适用《公司法》。即便如此，该条规定也只解决了以普通法弥补外资特别立法对外商投资企业“组织法”规定“不完全”的问题，并未触动外资立法中这方面专门的强制性法律规范。

3. 以企业类型为立法本位

这一外资立法模式，在相当程度上决定了以往中国外资法律体系的基本特征——“以企业类型为立法本位”，形成了以《中外合资经营企业法》及其《实施条例》、《外资企业法》及其《实施细则》、《中外合作经营企业法》及其《实施细则》等为基本架构的外资法律体系。对于各类外商投资企业，中国外资立法对其经营管理的法律管制，随中方参与的程度而不同。

(二) 立法模式的式微

1. 式微表现

自20世纪90年代中期以来，中国外资经营阶段的管制性立法开始走向式微。

首先，在外商投资企业生产经营活动方面，有关的管制性法律规范已经不断减少。以往中国外资法对中外合资经营企业生产经营活动的管制最甚，晚近这类法律规范衰变的趋势也表现得最为明显。2000年和2001年分别对《中外合资经营企业法》和《中外合资经营企业法实施条例》的修改，明显地放松了对中外合资经营企业生产经营活动的法律管制。^②有的国外学者指出，限制性条款的取消，反映了中国“极其认真地对待其直接投资法的重构问题”，并在这方面“迈出了巨大的步伐”。^③而实际上，许多限制性措施在此次修法前事实上停止实施已久，即早已处于“名存实亡”的状态。

其次，在外商投资企业组织机构体制方面，削弱乃至排除强制性法律规范适用的态势也已形成。例如，在实践中，不少中外合资经营企业引入了承包经营制，突破了原来立法中有关此类企业组织机

构体制的强制性法律规范的束缚。对于这种突破，后来的外资法也已给予一定程度上的认可。^④又如，对于后来出现的外商投资股份有限公司，按照1995年《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》，此类外商投资企业组织机构体制可适用国内《公司法》中同类公司的相关规定。在学界，许多学者明确主张，可借鉴制定统一合同法的经验，在公司组织法上实现“内外并轨”，即经修改后的国内《公司法》及《合伙企业法》、《独资企业法》等应统一适用于外商投资企业。^⑤倘若这种立法建议日后被采纳，那么外商投资企业的组织法被“普通法化”之后，中国利用外资的法律制度将真正实现由“企业法”向专门调整外商投资企业行为的“投资法”转变。

2. 式微原因

中国外资法放松外资经营阶段的法律管制，并非偶然现象，其间的历史和现实原因，值得深究。

经济体制改革的深入。随着社会主义市场经济体制的逐步建立，中国正在引入自主经营、自负盈亏的现代企业制度，由此势必大大减少国家对企业经营管理活动的直接干预，对外商投资企业而言，更是如此。

内资企业竞争能力的提高。近十几年来，中国经济飞速发展，内资企业的竞争能力日益提高，采取借助有关外资经营管制立法“压制”竞争对手（外商投资企业）的做法，已渐失必要。目前，内资企业关注的焦点已不再是要求外资立法继续维持对外商投资企业的“次国民”待遇，而是要取消它们在法律上的“超国民”地位，即改变因外商投资企业获得特殊优惠待遇而置内资企业于不利竞争境地的状况。

利用外资政策重心的移转。中国引资政策的重点已从原来的“以追求吸收外资的数量为导向”转向“以注重利用外资的质量为导向”。要想吸引高质量的外资，必须依靠良好的投资法律环境。这不仅要求中国应加强对外资的法律保护，而且要求须

^② 参见2001年3月九届人大四次会议通过的《关于修改〈中外合资经营企业法〉的规定》和2001年7月国务院公布的《关于修改〈中外合资经营企业法实施条例〉的决定》。

^③ 参见G.O.White III, Enter the Dragon: Foreign Direct Investment Laws and Policies in the P.R.C., North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation, Vol. 29, 2003, p. 42.

^④ 参见1990年原外经贸部和国家工商局联合颁布的《关于承包经营中外合资经营企业的规定》。

^⑤ 例见王保树：《中国的商事法律制度》（全国人大常委会法制讲座第十一讲），载于<http://www.people.com.cn>。

将对外资经营管理活动的限制减少到最低限度。对大型跨国公司而言,它们更为关注的是经营过程中的“歧视性和限制性法律问题”。

国际法律义务的承担。晚近中国订立的双边投资保护协定中的国民待遇条款对外资经营自由化的要求越来越高。国民待遇原则的真义是主张外资待遇水平“不低于”内资,实际上包含着两层用意:一方面,该原则不反对外资“无”而内资“有”的那些经营性法律管制措施的存在;另一方面,该原则禁止内资“无”而外资“有”的那些经营性法律管制措施。此外,入世前后,中国也已取消了那些与《与贸易有关的投资措施协定》、《服务贸易总协定》及入世相关承诺相抵触的经营性投资措施。

从外国投资者这方面来看,在实现外资经营自由化的问题上,中国也受到了来自跨国公司方面越来越大的压力。自上个世纪90年代以来,跨国公司纷至沓来,巨大的市场潜力是中国吸引这些跨国公司来华落户的关键优势;而进入、占领乃至垄断中国市场,则是它们对华投资的主要目的。在此过程中,这些跨国公司必然会与内资企业为争夺中国国内市场产生激烈的竞争冲突,其提出的中国应放宽对外资经营法律管制的要求,也将越来越迫切。

(三) 对立法模式式微的认识

“以外资经营阶段为管理重心”的原有外资立法模式的式微,并不意味着中国将彻底放弃对外资经营管理活动的法律管制。在建立社会主义市场经济体制的过程中,应区别对待以下两类有关外资经营的法律管制措施:

第一类是残余的带有计划经济色彩的外资经营法律管制措施。这类法律措施往往基于外商投资企业的特殊身份而实施,尤其是在中国外资管理体制仍未摆脱“各自为政,法出多门”的状况之前,存

在对外资经营的歧视性法律管制措施,在一定程度上可谓在所难免。正因如此,迄今为止,我国尚未全面承诺对外资实行国民待遇标准。现行的标准条款是,在外资经营阶段,中国只保证至少按现状给予外商投资企业以国民待遇,不再增加新的管制性措施;但承诺,随着条件的不断成熟,今后将逐步放宽对外资经营实行国民待遇的有关限制。^⑥

第二类是新兴的反映市场经济要求的外资经营法律管制措施。在市场经济体制中,不加约束的企业(包括外商投资企业)行为必然导致“市场失灵”。对跨国公司来说尤其如此。中国需要加强税法上的管制,并强化公司法中有关控股股东法律责任的规定,防止转移定价。跨国公司具有垄断优势,可能会滥用市场影响力,意图垄断东道国的国内市场以及拒绝承担社会责任(如损害东道国的生态环境、劳工利益等)。中国需要制定竞争法以及环境法、劳工法等相应的立法来规范它们的这些经营管理活动。

以上第一类带有计划经济色彩的外资经营管制立法,在很大程度上反映了政府对外商投资企业经营管理活动的直接干预,随着社会主义市场经济体制的逐步建立和完善,这类管制立法显将处于颓势;而第二类外资经营管制立法必然会不断地得到加强,这类管理性立法多是应市场经济的要求,为内外资企业创造公平竞争的法律环境,属健全和完善我国市场经济法制的必然产物,并不构成对外资经营管理活动的不合理限制;且它们的实施亦非基于外商投资企业的特殊身份,而是将其作为普通的市场主体对待,并以其行为为管制对象,故不具有歧视性;在立法上,往往表现为“内外合一”的体制。从狭义外资法的角度来看,这类非专门性的外资经营管理立法可不归入外资法的范畴。

二、“以外资准入阶段为管理重心”立法模式的形成

(一) 现行立法模式形成原因

以往在注重引资数量政策的引导下,中国外资法在相当程度上忽视了对外资准入的管理。在外资准入的许多方面,处于无章可循的状态;尤其是在在

实践中,各地“饥不择食”,争相利用外资,对外商投资基本上采取“来者不拒”的政策,从而也使得确立已久的外资审批制度流于形式。

上个世纪90年代后半期以来,中国国内资金

^⑥ 参见2001年中国与塞浦路斯签订的双边投资保护协定第3条第3款。

短缺的状况逐步得到改善,银行连续出现了较大数额的存差;相应地,我国利用外资的主要政策目标不再是解决资金缺口的问题,而是提高资金的配置效率和促进资产质量的改善。^⑦这期间,来华投资的外商结构也发生了重大变化,跨国公司纷纷抢滩中国,为中国实施提高引资质量的政策提供了外部条件。自“九五”规划始,中国转而采取“积极、合理、有效”地利用外资的政策。^⑧除了继续扩大吸收外资的规模(“积极”利用外资)之外,同时强调提高利用外资的质量,走“以质取胜”的引资道路(“合理、有效”利用外资)。这一政策目标的实现,在很大程度上需要依靠对外资准入实行适当的法律调控;相应地,有关外资准入的立法也大量增加,从而导致中国外资法向“以外资准入阶段为管理重心”的模式转型。

(二) 现行立法模式的体现

在实体法上,对外资准入的法律管制主要涉及投资方向和投资条件两个方面。对外资投向的管理往往以行业 and 部门为对象,是国家对引资质量实行宏观调控的最重要途径;而有关投资条件的设置,主要针对的是具体的投资项目和外国投资者,属于国家从微观角度调控引资质量的主要措施。下面从对这两个方面的调控看“以外资准入阶段为管理重心”的现行外资立法模式。

1. 投资方向

在以往的中国外资立法中,也有一些关于外资投向的规定,但这方面的法律规范散见于各项外资法律法规之中,缺乏系统性和可预见性,亦缺乏透明度,其中不少规定已显滞后,且存在相互冲突的现象。1995年,原国家计委、国家经贸委和外经贸部共同制定了《指导外商投资方向暂行规定》及《外商投资产业指导目录》,以专项立法的方式对外商投资的方向和产业予以调控。2002年,在对这两个重要的外资准入法则进行修改,将其中的《指导外商投资方向暂行规定》定型为《指导外商投资方向规定》,提高了其法律位阶,改为由国务院制定和颁布的行政法规。新的法规将外商投资项目划分为鼓励、允许、限制和禁止四类,同时开列了具

体的产业目录清单,类似于许多发展中国家制订的指导外商投资的产业指南。

为何中国外资立法不是在更早前,而是在进入20世纪90年代中期之后,才加强了对外资投向的管理和调控?究其原因,主要有二:

第一,国家产业结构的调整。20世纪90年代以前,与当时中国产业结构失调的状况相对应,外资投向也不尽合理。从1992年开始,中国经济进入了新一轮的发展期,优化产业结构成为经济体制改革的一个重要环节,包括将外资引导到中国急需发展的产业上来,使外商投资与中国产业结构的调整更好地衔接。除《指导外商投资方向规定》及《外商投资产业指导目录》外,2003年商务部和科技部特别发布的《鼓励外商投资高新技术产业目录》进一步明确了所涉鼓励类外资项目的设置。

第二,推动西部大开发战略的实施。我国利用外资“东重西轻”的地区倾斜格局,导致或进一步导致了东西部经济发展的失衡,加剧了地区间的经济差异。为了实施西部大开发战略,促进国民经济的均衡发展,最大限度地发挥外资对东西部区域经济协调发展的作用,2001年,原国家计委、国家经贸委、外经贸部联合制定了《中西部地区外商投资优势产业指导目录》(现作为国务院《指导外商投资方向规定》的配套法规之一),以此积极引导外资向中西部地区扩散,促进外商投资于中西部地区的基础设施、矿产资源、旅游资源开发和生态环境保护、农牧业产品加工等优先发展项目。

2. 投资条件

中国以往的外资法中,作为外资准入条件的投资措施为数不多,且多为“宣示性”法律条款。这些规定不但由于缺乏可操作性成为实践中往往难以得到实施的“摆设条款”,而且还授别国口实,以此证明中国外资立法与有关国际投资条约规定不符。以往中国外资法中也规定了一些比较具体的投资条件,如原《外资企业法实施细则》第3条第2款中的“贸易平衡要求”和“外汇平衡要求”,但作为外资准入条件的投资措施(即“直接投资措

^⑦ 参见江小涓著:《中国的外资经济》,中国人民大学出版社2002年版,第19—20页。

^⑧ 参见《国民经济和社会发展“九五”规划和2010年远景目标纲要》(第八部分之三)和《国民经济和社会发展第十个五年计划纲要》(第五篇第十七章第三节)。

施”)违反了《与贸易有关的投资措施协定》以及中国的入世承诺。在2000年和2001年修改“三资企业法”时,这类要求有的被删除,有的则已改作国家鼓励外商投资的规定。当这些投资措施仅作为外商投资企业取得优惠待遇的前提而不是作为准入条件时(即“间接投资措施”),并不违反中国承担的现行国际投资条约义务。

从1995年开始,尤其是“入世”之后,中国区分不同行业,制定了大量的利用外资的单行条例。这一“法规群”的数量目前已达数十个。此类单行条例还在不断增加,构成中国外资法律体系最重要的“增长点”。

总体而言,直至20世纪90年代,中国利用外资的质量不高,除了表现在投资结构不合理之外,还表现出投资项目小、投资者小,劳动密集型企业居多、资金密集型企业偏少。为了从法律上“把好入门关”,加强对引资质量的微观调控,上述分行业外资单行条例的一个重要内容就是,通过设置中国外资立法尚付诸阙如的,且为中国缔结或参加的国际投资条约所不禁止的投资条件,对拟进入中国的外资项目和外国投资者进行甄别。

这些投资条件主要体现在下述两个方面:其一,规定对外资项目的最低注册资本及经营管理人员要求等,其目的主要是为了保证在中国设立的外商投资企业能达到一定的投资规模,并提高企业的资金密集程度,同时保证其具有相应的经营能力。其二,设置有关外国投资者的资格要求,包括对其经营规模、经营业务、经营历史和经营人才等方面的要求。这些条件的引入,意在阻却小型的、不成熟的外国投资者进入中国。

晚近,中国采取加强外资准入立法的举措,除了应因提高引资质量之需外,还反映了对维护国家经济安全的关注。一些外资流入后给中国经济、社会带来的负效应,也不容忽视,其中最为突出的就

是外资垄断国内某些行业的倾向。长期以来,中国的机械、电子、化工、医药、轻工等行业对外资的依存度一直居高不下,就是例证。^⑨对此,中国的外资立法不可能不予回应。原来的《指导外商投资方向暂行规定》和现行的《指导外商投资方向规定》及《外商投资产业指导目录》对于某些产业的外商投资所设置的股权要求(包括“强制合营”、“中方控股”或“中方相对控股”等规定),以及所划定的限制类外商投资项目等,都有利于抑制外商投资企业垄断国内市场行为的发生。

从法律体系上看,中国外资准入立法的特征是以分行业的单行条例为主体,比较详细地规定了外商投资本行业的审批程序。这一特征的形成主要来自以下两个因素的作用:第一,因各行各业的具体情况不同,对引资质量的控制,只能采取由各自主管部门建章立制的做法;而原来以“企业类型为本位”的外资立法体系,与对外资准入的质量管理难以匹配。第二,在中国“入世”议定书中,有关服务业外资准入和国民待遇的“具体承诺”都是分行业列入附件清单的。为了与这些不同服务行业的特定义务接轨,中国需要制定与之相对应的关于外资准入的部门规章。2001年12月以来,中国服务业外资准入单行条例的大量增加,直接动因显在于此。

2003年中国出台了《外国投资者并购境内企业暂行规定》。并购是与新设(“绿地投资”)相对的一种外商投资方式,一旦外资获准以这种方式进入中国,所设立的外商投资企业与新设外商投资企业并无二致,其经营管理可以适用现行外资法的规定。缘此,该暂行规定的主要内容是关于外资准入的规定,特别强调应从“保证就业、维护公平竞争和国家经济安全”的需要出发,对并购这一外资进入方式可能带来的一些特殊问题进行具体规制。^⑩

三、现行“以外资准入阶段为管理重心”立法模式的存续

(一) 现有立法模式存续的原因

从总体上看,不但在外资经营阶段,而且在外

^⑨ 参见陈清泰主编,杨永华等著:《利用外资与维护国家经济安全》,中国发展出版社1999年版,第220—225页。

^⑩ 参见2003年《外国投资者并购境内企业暂行规定》第1条。

资准入阶段,中国外资管制立法均呈放松的趋势。最新的立法动向是2003年和2004年商务部对原《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》所进行的两次修订。修订后的正式规定不仅进一步拓宽了投资性公司的经营范围,放松了对投资性公司贷款额度的限制等,还进一步放宽了投资性公司的投资领域。这表明,中国外资法由以往“以外资经营阶段为管理重心”模式向现行“以外资准入阶段为管理重心”模式的转移,并不意味着中国将不断加强对外资准入法律管制的程度,其真实内涵可概括为以下两个方面的内容:

首先,中国有关外资准入的立法活动,不但反映了投资自由化的趋势,而且彰显了中国加强这方面立法的进程,即弥补外资准入领域立法的缺漏以及完善该领域有关立法的规定。其次,即便外资自由化是一个整体的趋势,但是在外资准入阶段实现投资自由化普遍要比投资经营阶段更加艰难。虽然已有越来越多的发展中国家接受外资经营阶段的国民待遇标准,但当发达国家要求发展中国家将国民待遇原则推向外资准入阶段、大幅度放松对外资准入的法律管制时,却遭到了广大发展中国家的强烈抵制。今后中国对外资的法律管制规范将多出现在外资准入阶段。

(二) 影响现有模式存续的因素

影响中国对外资实行专门法律管制的因素多种多样,但这些因素对外资准入和外资经营阶段的影响往往是不同的。就政治因素而言,在外资准入阶段,发展中国家为维护国家主权所实施的那些具有政治意义的法律管制措施,在外资经营阶段并不存在。^①就经济因素而言,起决定性作用的是经济体制和发展阶段。但是,这两大因素与对外资准入和外资经营两阶段法律管制的关联情形及关联程度却有所不同,此乃造成外资经营阶段自由化速度快于外资准入阶段的最重要原因。在很大程度上,也正因为有了两阶段投资自由化速度的这种落差,才推动了中国外资立法由以往对该两阶段法律管制的“前松后紧型”(即“以外资经营阶段为管理重心”

的立法模式)向现行的“前紧后松型”(即“以外资准入为阶段管理重心”的立法模式)转变。

具体而言,在外资经营阶段,中国今后应当有可能比较快地放松有关法律管制,实行相对“中性”的外资政策。一般而言,对外资经营实行法律管制的必要性与经济体制因素关系更为紧密,与发展阶段因素的关联程度则较为有限。从长计议,只有为内外资企业“整平游戏场地”,才能促进两者之间的充分竞争,从而有效地提高内资企业的生存和发展实力。

对于外资准入,在今后相当长一段时期内,中国仍将采取“调控”的外资政策。期间,中国对外资准入实行适当法律管制的必要性,主要是由以下三项政策目标决定的:

一是维护公共利益的考虑。为了维护公共利益,包括国家利益和社会利益,中国需要对外资进入实行相应的法律管制。这类针对外资准入的管制措施存在于任何国家的立法之中,无论是发达国家,还是发展中国家(包括中国),概莫能外;对各国来说,以此为标杆划定的为投资自由化的“永久禁地”。

二是维护经济安全的考虑。具体实施的此类外资准入法律管制措施,既可能是出于维护国家经济整体安全的需要(如将引资数量控制在适度的规模之内等),也可能出于维护有关产业安全的需要(如禁止或限制外资进入本国的幼稚或弱质产业等),也可能出于维护私人交易安全的需要(如防止外商出资欺诈等)。这些外资准入法律管制措施的存在与一个国家的发展阶段有关,即一般只有发展中国家实施。对中国而言,首先,与一些弱小的发展中国家不同,作为发展中国家中的大国,中国适当加大投资自由化的力度,不会造成外资对国民经济的整体控制。^②因此,目前,中国似无出于国家经济整体安全之忧,对利用外资的总量进行限制。其次,中国虽已建立了相当完整的国民经济体系,但各部门、行业发展不平衡,为了防止外商投资企业“挤压”那些明显缺乏国际竞争力的产业,

^① 详见 J. Kurtz, A General Investment Agreement in the WTO?, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vol. 23, 2002, pp. 724—726.

^② 有关大小发展中国家在应对投资自由化能力方面差异的讨论, 详见 E. V. K. Fitz Gerald, Development Countries and Multilateral Investment Negotiations, in E. C. Nieuwenhuys & M. M. T. A. Brus (ed.), Multilateral Regulation of Investment, Kluwer Law International, 2001, pp. 40—42.

有必要对外资的进入实行相应的调控。显然,在我国尚未成为经济强国之前,根据产业安全原则所实施的有关外资准入的法律管制措施,必不可少。再次,由于中国各地对外开放进展程度不一,在一些地方,因国内企业缺乏应有的引资经验等,外商以虚假出资等方式进行欺诈的现象,屡见不鲜。由此,为了维护中方的交易安全,在外资准入阶段,现仍需对外商的出资行为实行必要的法律管制。

三是提高引资质量的考虑。此类外资准入法律管制措施往往也仅为发展中国家所采用,究其原委,与发展阶段及经济体制两因素均有关联。首先,从发展阶段这一因素来看,发展中国家为了更有效地实现利用外资的目标,需要对外资加以引导,使之符合本国的经济社会发展战略;其次,许多发展中国家的市场经济体制尚未充分发育,无法依靠市场力量对外资实行“优胜劣汰”,只能借助于政府干预式的法律调控措施。显然,以上基于维护公共利益和经济安全考虑而对外资进入实行的管制,属于一种防御性的“消极立法”;而基于提高引资质量考虑而采取的有关外资准入的调控措施,则为主动型的“积极立法”。理论研究表明,发展中国家实行的外资政策如果仅以被动的形式允许外资进入,外资的运用效率就可能比较低;反之,如采取主动性的外资政策,将更有利于克服东道国在工业化初期技术和资金的问题,促进国际直接投资模式的实现。^⑬ 同样,在可预见的将来,中国也需要采取此类主动型的外资准入法律调控措施。

上述有关外资准入法律管制的三项目标是相互关联的,共同构成一个完整的目标体系。其中,维护公共利益和经济安全是基础性目标。在保证这两项基础性目标都能实现的前提下,提高引资质量则是中国利用外资所要追求的更高层次的目标。

相反,在经济体制和发展阶段两大要素中,与对外资准入实行法律管制有更为密切联系的是后者。因为在上述决定外资准入法律管制的三项目标中,其中的第二、三项基本上只为发展中国家所有。既然如此,为何这两项目标以前没有在中国的外资管理法中显现出来呢?即在处于同一发展阶段

的情形下,为何中国以往的外资立法与其它发展中国家不同,将自己管理重心放在外资准入阶段呢?其中一个很重要的原因就是中国属于发展中国家中的大国,整体经济实力比较强,在所吸收的外资数量还不多,外资对中国国民经济影响尚且有限的情况下,对外资准入实行法律管制的必要性,难以引起人们的普遍重视。然而,自1992年以来,进入中国的外资数量猛增,并越来越成为推动中国经济发展的一支重要力量,加强有关外资准入的立法工作便有了客观的需求。

(三) 现有立法模式的进程

正因为对外资准入实行法律管制的必要性得到了发展阶段因素强有力的支持,所以在外资准入阶段推行自由化,只能是一个相对缓慢的过程。近十多年来,尽管中国经济得到了快速的发展,但在综合国力上,仍与发达国家存有相当大的差距,在今后相当长的一段时间内,中国仍将是一个发展中国家。期间,中国所处的发展阶段这一要素,将始终制约着对外资准入实行自由化的步伐。

然而,需要指出的是,尽管在外资准入阶段推行自由化的速度相对比较慢,但随着中国经济的不断发展以及经济体制改革的日益深化,上述第二、三类有关外资准入的管制措施,终将逐步退出中国的外资立法,从而使得中国“以外资准入阶段为管理重心”的立法模式渐趋淡化;而晚近出现的国际投资自由化趋势所形成的压力,则将会从外部推动这一立法模式淡化速度的加快。

近十多年来广大发展中国家的外资立法实践,普遍朝着市场化和自由化的方向发展。据统计,从1991到2002年,发展中国家共修改外资法1,641处,其中的1,551处(约占94.5%)修改是朝着市场化和自由化以及激励外资的方向发展的。^⑭ 在关于跨国投资的国际法制层面,同样如此。就双边投资条约而言,晚近,美国及加拿大、法国等西方国家在对外签订的此类条约中,已主张将国民待遇原则推向外资准入阶段,且要求作为投资东道国的发展中国家应直接取消那些限制外资准入的投资措施。^⑮ 迄今为止,中国在对外签订的107个双边投

^⑬ 详见杨先明著:《发展阶段与国际直接投资》,商务印书馆2000年版,第257—258页。

^⑭ 参见UNCTAD, World Investment Report 2003, UN Publication, 2003, p.21.

^⑮ 参见UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, UN Publication, 1998, pp.47—58.

资保护协定中,仍没有承担有关外资准入自由化的义务,而是规定中国有权按照本国的法律、政策和规划对外资的进入进行管理。然而,在与其它国家尤其是一些发达国家(如德国、荷兰、芬兰、瑞典等欧洲国家)展开新一轮双边投资保护协定的谈判过程中,中国正承受着来自对方要求开放我国投资市场的不断施压;就多边投资条约而言,通过修法,中国已经删除了国内外资准入立法中与世贸组织有关协定及中国“入世”承诺相抵触的条款。目前,发达国家正意图将多边投资协定议题纳入多哈回合。从有关动议来看,涉及外资准入的内容是争议的焦点之一。倘若日后此类协定的谈判获准启动,并取得成功,世贸组织成员对外资准入的自由化程度将会进一步提高,中国自然也不可能置身其外。

在推行国际投资自由化的步骤和进程等问题上,发展中国家和发达国家之间存在着相当激烈的利益冲突。发展中国家在某一时期所具之国际投资自由化的程度,从某种角度上看是其与作为资本输出国的发达国家之间“博弈”的结果。在这一博弈的过程中,发展中国家应从本国的实际出发,切实把好外资准入这一关,不向发达国家及外国投资者作无原则的妥协;同时,发达国家也不应逼迫发展中国家过早、过快地开放本国的投资市场。事实上,只有确保发展中国家能够有效地行使对外资准入的管理权力,才能免除其后顾之忧,使之有坚实的基础和充分的条件对外资实行更为开放的政策。否则,只会出现“欲速而不达”的结果。在2003年坎昆会议上,世贸组织启动投资议题谈判的失败,就是一个深刻的教训。

四、结 论

综上,从各国外资立法的发展趋势来看,处在起点的立法模式是,一些曾实行计划经济的发展中国家(如以往的东欧国家)对外资准入和经营实行全面的管制,由此形成与内资企业立法不同的外商投资企业法,即采取“内外分立”的投资立法模式;而处在现行外资立法发展终点的立法模式是完全实行市场经济的发达国家(如美国)的外资法。这些国家一般只基于公共利益(国家和社会)的单一考虑,对外资进入有所管制,相应的,在这方面仅存少许的专门外资法律规范;在外资经营阶段,则几无管制性立法,亦即对外资实行广泛的国民待遇,反映在立法形式上,采取的是“内外合一”的企业立法模式,外商投资活动统一适用国内公司法。显然,中国外资立法从“以外资经营阶段为管理重心”向“以外资准入阶段为管理重心”的转型,尽在上述各国外资立法演进的普遍趋势和一般规律之中。具体而言,一方面,晚近,中国大量地

取消对外资经营的法律管制,构成中国外资立法发展的一个重要步骤;另一方面,目前中国仍然是一个社会主义市场经济体制尚未完全建立的发展中国家,出于维护公共利益、经济安全和提高引资质量多重目标的考虑,中国显有必要继续对外资准入实行相当程度的法律管制。当然,随着综合国力的提高,中国在吸收外资过程中“趋利避害”的能力也会得到进一步的加强;同时,随着社会主义市场经济体制的逐步建立,中国通过市场力量对外资实行“优胜劣汰”的机制也将不断地得到培育。由此,中国未来将会越来越无需借助于国家的强制性立法干预外资的准入活动,直至到达终极状态:除了保有必要的用以维护公共利益的那些外资准入管制性法律规定之外,中国的外资立法将从整体上与国内公司法并轨。

(责任编辑:韩立余)